



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85401>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

maar *vooronderstelt* een bevoegdheid die vervolgens verordening- of richtlijnconform kan worden toegepast. Van de andere kant is de Afdeling hiertoe min of meer gedwongen om recht te kunnen doen aan de ESF-uitspraak van het Hof.

Nadat de Afdeling het bevoegde bestuursorgaan heeft geïdentificeerd, is zij vervolgens snel klaar. Volgens de Afdeling maakt de ESF-uitspraak van het Hof duidelijk dat in de zaak alleen het 'gemeenschapsrechtelijke vertrouwensbeginsel' kan worden toegepast en dat er geen ruimte bestaat voor het nationale vertrouwensbeginsel. Aangezien de diverse partijen geen beroep toekomt op het Europese beginsel, worden hun beroepen afgewezen. Daarmee loopt de ESF-affaire voor hen niet goed af, maar wordt het recht van de Unie wel nageleefd.

M.J.M. Verhoeven en R.J.G.M. Widdershoven

Voetnoten

- 1 Zie over deze problematiek ook M.J. Jacobs, W. den Ouden en N. Verheij, 'Bezint eer ge begint!', *NTB* 2008, 21, p. 155-166; W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland. Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008; Jacobien van den Brink, *Europees grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel* (Preadvies Jonge VAR 2009), te verschijnen bij BJu in 2010 (tot die tijd te downloaden op <www.verenigingvoorbestuursrecht.nl>).
- 2 ABRvS 30 augustus 2006, *AB* 2007, 240; *JB* 2006/303, m.nt. A.J. Bok.
- 3 ABRvS 30 augustus 2006, *LJN* AY7173.
- 4 ABRvS 30 augustus 2006, *AB* 2007, 241, m.nt. M.J. Jacobs en W. den Ouden.
- 5 HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06-C-385/06, *NJ* 2008, 349, m.nt. M.R. Mok; *JB* 2008/104, m.nt. A.J. Bok; *AB* 2008, 208, m.nt. W. den Ouden. Zie over de uitspraak Jacobs e.a. 2008; W. den Ouden 2008, alsmede R. Ortlep, 'Drie Nederlandse rechtsbeginselen in Europees perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvordering van communautaire steun', *JBplus* 2009, p. 81-106.
- 6 Zie over EG-recht en bestuursorganen in algemene zin: M.J.M. Verhoeven, *Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief* (Preadvies Jonge VAR 2009), te verschijnen bij BJu in 2010, (tot die tijd te raadplegen op <www.verenigingvoorbestuursrecht.nl>).
- 7 E. Steyger, 'Wringend recht. Doorwerking van gemeenschapsrecht bezien vanuit het perspectief van de nationale overheid', in: *Europees recht en het Nederlandse bestuursrecht* (VAR-Reeks 16), Alphen aan den Rijn: Samsom/H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 7-96, i.h.b. p. 23 en 28. In die lijn ook W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, Den Haag: BJu 2004, p. 31 e.v.; H.M. Griffioen, 'Kinken in de bevoegdheidskabel: het legaliteitsbeginsel tussen "Europa" en de nationale rechtsorde', *NTER* 2006, p. 290 e.v.
- 8 Bijvoorbeeld I.C. van der Vlies en R.J.G.M. Widdershoven, 'De betekenissen van de

Nederlandse grondwet binnen de Europese rechtsorde', in: *Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 31. In die richting ook: J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 23-29.

- 9 Vergelijk in die lijn recentelijk CBB 22 december 2009, *LJN* BL0650 en *LJN* BL0649, waarbij het College bepaalde dat een bestuursorgaan niet bevoegd was om een besluit te nemen op basis van een verordening, nu de verordening niet het ter zake bevoegde bestuursorgaan aanwees, en ook geen bepaling van Nederlands recht voorhanden was waarbij verweerder als het bevoegde bestuursorgaan wordt aangewezen.
- 10 HvJ EG 5 juni 1973, zaak 81/72 (*Commissie/Raad*), *Jur.* 1973, p. 575; HvJ EG 3 mei 1978, zaak 112/77 (*Töpler*), *Jur.* 1978, p. 1-1019. Zie ook punt 52 van de ESF-uitspraak.
- 11 Zie voor de verschillen tussen het Nederlandse en Europese vertrouwensbeginsel, Van den Brink 2009, hoofdstuk 3, alsmede J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 216-220.
- 12 Jans e.a. 2007, p. 171-184; Den Ouden 2008, p. 21 e.v.; Ortlep 2009, p. 84-88; Van den Brink 2009, hoofdstuk 4. Deze tweedeling ziet men, zoals hierna wordt aangegeven, terug in de rechtspraak van het Hof.
- 13 Vergelijk artikel 220 lid 2 onder b Communautair Douanewetboek, en artikel 73 lid 4 Verordening (EG) nr. 796/2004.
- 14 Bijvoorbeeld HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-97/95 (*Pascoal*), *Jur.* 1997, p. 1-4209; HvJ EG 26 juni 2007, zaak C-284/04 (*Cosum*), *Jur.* 2006, p. 1-1021.
- 15 HvJ EG 21 september 1983, gevoegde zaken 205-215/82 (*Deutsche Milchkontor*), *Jur.* 1983, p. 2633. Deze rechtspraak is sindsdien vele malen herhaald. Vergelijk Ortlep 2009, p. 83, voor verwijzingen.
- 16 HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-366/95 (*Steff-Houlberg*), *Jur.* 1998, p. 1-2661.
- 17 Jacobs e.a. 2008, Den Ouden 2008, alsook Bok in zijn annotatie onder de ESF-zaak in *JB* 2008/104.
- 18 Ortlep 2009, p. 97-98, alsmede Van den Brink 2009, par. 4.2.5.
- 19 Zie vooral Ortlep, p. 97, onder verwijzing naar onder meer HvJ EG 6 maart 2003, zaak C-14/01 (*Molkerei Wagenfeld*), *Jur.* 2003, p. 1-2279, en HvJ EG 15 januari 2002, zaak C-179/00 (*Weidacher*), *Jur.* 2002, p. 1-501.
- 20 Zie zaak HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-298/96 (*Oelmühle Hamburg*), *Jur.* 1998, p. 1-4767, en HvJ EG 19 september 2002, zaak C-336/00, *Jur.* 2002, p. 1-7699, en (vooral) HvJ EG 21 juni 2007, zaak C-158/06 (*Stichting ROM-projecten*), *Jur.* 2007, p. 1-5103.
- 21 ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009/53, m.nt. Bok; *AB* 2009, 96, m.nt. Den Ouden.

100 Zaak C-2/08, Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate/Fallimento Olimpiclub Srl

Arrest van 3 september 2009 (Tweede kamer), n.n.g.

Btw – Voorrang van gemeenschapsrecht – Bepaling van nationaal recht waarin beginsel van gezag van gewijsde is neergelegd – Procedurele autonomie – Rechtszekerheid – Doeltreffendheidsbeginsel

I. Achtergrond en procesverloop

Olimpiclub Srl is een Italiaanse besloten vennootschap, opgericht voor de bouw en het beheer van sportfaciliteiten. Zij is eigenares van een sportcomplex te Rome. Eind 1985 sloot ze een contract met de Associazione Polisportiva Olimpiclub, de sportvereniging Olimpiclub. De oprichters van deze vereniging waren in meerderheid ook aandeelhouders van de vennootschap Olimpiclub. In het contract werd afgesproken dat alle apparatuur en faciliteiten van het sportcomplex van de vennootschap in bruikleen werden overgedragen aan de sportvereniging. De sportvereniging verplichtte zich op haar beurt om een vaste kostenvergoeding te betalen, de vennootschap al haar bruto-inkomsten (de som van de jaarlijkse contributies) af te dragen, en de periodieke erfpachtcanon te fourneren aan de Italiaanse overheid.

In 1992 verrichtte de Guardia di Finanza (de Italiaanse financiële controledienst) een boekenonderzoek, waarbij deze concludeerde dat de bruikleenovereenkomst uitsluitend bedoeld was om de wet te omzeilen en een ongeoorloofd belastingvoordeel te genieten. De vereniging had immers alle taken en lasten van bestuur en beheer overgedragen gekregen, terwijl alle (niet aan btw onderworpen) inkomsten werden doorgesluisd naar de vennootschap. De belastingdienst legde derhalve btw-naheffingsaanslagen op voor de jaren 1988 tot en met 1991. De vennootschap heeft hiertegen beroep ingesteld bij de belastingrechter te Rome. Deze verklaarde het beroep gegrond, omdat hij frauduleuze bedoelingen niet bewezen achtte. Zijn beslissing werd vervolgens in appel bekrachtigd door de regionale beroepsrechter te Lazio. De belastingdienst ging daarop in cassatie. De vennootschap Olimpiclub, inmiddels in staat van faillissement, voerde daar aan dat twee eerdere vonnissen van de beroepsrechter te Lazio over navorderingsaanslagen uit 1987 en 1992, waarin de bruikleenovereenkomst nog als

rechtmatig was aangemerkt, op grond van artikel 2909 van het Italiaans burgerlijk wetboek kracht van gewijsde hadden gekregen. Deze zouden dientengevolge, conform de geldende uitleg van dat artikel, bindend zijn in het voorliggende geschil, zodat er geen nieuw onderzoek zou mogen worden gedaan naar de vraag of er sprake is van misbruik of bedrog.

De verwijzende rechter, de Corte suprema di cassazione, acht zich inderdaad gebonden aan de eerdere vonnissen, maar constateert dat hij daardoor verhinderd wordt om het geschil te beoordelen vanuit Europeesrechtelijk perspectief, in het bijzonder in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie over btw en rechtsmisbruik.¹ Tegelijk heeft hij nota genomen van recente rechtspraak van het Hof waarin het beginsel van het gezag van gewijsde gerelativeerd wordt, in het bijzonder het arrest *Lucchini*.² Aangezien de btw-afdrachten van vitaal belang zijn voor de eigen middelen van de EG, vraagt de Corte zich af of er ook niet in dit geval voorbij zou moeten worden gegaan aan de bindende aard en onherroepelijkheid van een eerdere nationale rechterlijke uitspraak. Hij besluit de behandeling van de zaak te schorsen, en de volgende vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie: verzet het gemeenschapsrecht zich tegen toepassing van een bepaling van nationaal recht, zoals artikel 2909 van het Italiaans BW, waarin het beginsel van het gezag van gewijsde is neergelegd, wanneer dit leidt tot een resultaat dat in strijd is met het EG-recht en toepassing van dit recht frustreert in andere sectoren dan die van staatssteun, speciaal op het gebied van de btw en rechtsmisbruik, teneinde ongeoorloofde belastingbesparingen te verkrijgen – met name gelet op het criterium van nationaal recht, zoals uitgelegd in de rechtspraak van de Corte suprema di cassazione, dat in belastingzaken een beslissing van een andere rechter gezag van gewijsde heeft indien de onaantastbaar geworden beslissing een fundamenteel punt betreft dat zij gemeen heeft met andere zaken, zelfs als deze beslissing betrekking heeft op een ander belastingtijdvak?

II. Oordeel van het Hof

Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag herinnert het Hof allereerst aan het belang van het beginsel van eerbiediging van het gezag van gewijsde, zowel in de communautaire als in de nationale rechtsorde. Ter garandering van de stabiliteit van het recht, van de rechtsbetrekkingen en een goede rechtspleging, moet het niet zo zijn

dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden na afloop van de betreffende beroepstermijnen, of nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput, opnieuw in geding kunnen worden gebracht.³ Volgens het Hof zijn derhalve nationale rechters niet gehouden om nationale procedureregels buiten toepassing te laten die een beslissing kracht van gewijsde verlenen, ook al zou daardoor een schending van het EG-recht kunnen worden opgeheven. Vanwege het beginsel van procedurele autonomie en bij ontbreken van een toepasselijke Europese regel ter zake, is het in eerste instantie aan de lidstaten om aan het principe van kracht van gewijsde vorm en uitvoering te geven. Echter, zoals het Hof al verkondigde in het arrest *Kapferer*⁴, mogen de betreffende nationale regels in casu met een Europeesrechtelijke dimensie niet ongunstiger uitvallen dan in puur internrechtelijke geschillen, en mogen ze evenmin de uitoefening van door het Europees recht toegekende rechten uiterst moeilijk of onmogelijk maken. Het arrest *Lucchini* doet hier niet aan af; het Hof benadrukt namelijk dat het in die zaak ging om een zeer specifieke situatie waarin de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de EG inzake staatssteun ter discussie stond, 'in die zin dat de [Europese] Commissie bij uitsluiting bevoegd is om te oordelen over de verenigbaarheid van een nationale steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt', en in casu is een dergelijke kwestie van bevoegdheidsverdeling niet aan de orde. Vervolgens taxeert het Hof de uitleg van het beginsel van het gezag van gewijsde in Italië, waarbij in belastingzaken een beslissing met gezag van gewijsde bindend is ten aanzien van een punt dat zij met andere zaken gemeen heeft, zelfs als die beslissing op een ander belastingtijdvak betrekking heeft. Om te beoordelen of een dergelijke procesregel de toepassing van het Gemeenschapsrecht uiterst moeilijk of onmogelijk maakt, moet volgens vaste rechtspraak rekening worden gehouden met de plaats daarvan in de gehele procedure, het procesverloop, eventuele bijzondere kenmerken, en de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging en de rechtszekerheid.⁵ De uitleg van artikel 2909 van het Italiaans BW verhindert evenwel dat rechterlijke uitspraken met gezag van gewijsde opnieuw in geding worden gebracht, zelfs als daarin het EG-recht is geschonden, en belet bovendien dat vaststellingen in beslissingen voor een ander belastingjaar ten aanzien van een gemeenschappelijk funda-

menteel punt nog ter discussie worden gesteld. Het gevolg kan zijn dat een onjuiste toepassing van het Gemeenschapsrecht in een definitief geworden rechterlijke uitspraak herhaald wordt voor ieder nieuw belastingjaar, wat volgens het Hof hard botst met het doeltreffendheidsbeginsel. De Corte di cassazione krijgt daarom ten antwoord dat het EG-recht zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht, zoals art. 2909 van het Italiaans BW, in omstandigheden als die in het hoofdgeding, in een btw-geschil voor een aanslagjaar waarvoor nog geen definitieve rechterlijke beslissing is gewezen, voor zover een dergelijke toepassing verhindert dat de nationale rechter rekening houdt met de relevante EG-normen voor rechtsmisbruik.

III. Analyse

1. Het belang van deze uitspraak is driedelig. Ten eerste breidt het Hof een saillant vervolg aan het arrest *Kapferer*. Daarnaast zorgt het voor een verduidelijking van het arrest *Lucchini*. Tot slot werpt het vers licht op de grenzen aan de lidstatelijke procedurele autonomie. Dit alles in amper zes pagina's, en iets meer dan dertig overwegingen – een haast olympische tour de force. Of daarmee goud, zilver of brons wordt gehaald staat echter te bezien.

2. Aanvankelijk lijkt er niet veel nieuws onder de zon. Het Hof betreft zijn vertrouwde positie dat het Europese recht het beginsel van *res judicata* in de lidstaten ongemoeid laat. Dat draagt immers bij tot de rechtszekerheid, wat tot de fundamentele beginselen van het Gemeenschapsrecht behoort.⁶ In arresten als *Eco Swiss*, *Köbler* en *Kapferer* was dit al eerder in de verf gezet.⁷ In *Olimpiclub* beklemtoont het Hof andermaal, dat hier niet aan afdoet dat op deze manier vanuit Europeesrechtelijk oogpunt onjuiste beslissingen intact blijven. Uit arresten als *Kühne & Heitz*, *i-21* en *Arcor* was al duidelijk geworden dat beslissingen die in het belang van de rechtszekerheid naar nationaal recht definitief zijn geworden, alleen bij uitzondering en onder strenge voorwaarden alsnog ter discussie kunnen worden gesteld.⁸ Een beginsel als *res judicata* is dus niet absoluut en onaantastbaar, maar werd tot nu toe wel in vergaande mate gerespecteerd. Dit werd onderstreept in *Kapferer*, waar het Hof als algemene lijn leek uit te zetten dat het ontbreken van een nationale bevoegdheid om op een eerdere beslissing terug te komen, betekent dat er ook geen Europeesrechtelijke verplichting bestaat om daartoe over te

gaan.⁹ Significant is echter dat in *Kapferer* werd bevestigd noch uitgesloten dat de 'doorbrekingsgedachte' uit Kühne toch analoog van toepassing kon zijn ten aanzien van rechterlijke beslissingen. De zaak *Lucchini* leek te uitzonderlijk om algemene conclusies aan te verbinden. In *Olimpiclub* volgt nu de beslissende wending: respect voor de rechtszekerheid en het daaruit voortvloeiende principe van *res judicata*, akkoord, maar niet zonder meer: het resultaat zal in concreto nog moeten worden getoetst aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.¹⁰ In casu blijkt de schoen dan met name te wringen op het laatste punt: (de uitleg van) artikel 2909 van het Italiaans BW maakt het mogelijk dat een beslissing waarin EU-regels niet of onjuist zijn toegepast, precedentwerking krijgt of behoudt voor andere gevallen, wat tot een grootschalige(r) schending van Europees recht kan leiden. Door een dergelijk ongekwalificeerd respect voor het beginsel van kracht van gewijsde zou er dus op geen enkele manier en op geen enkel moment nog een correctie van de eerdere misslag kunnen plaatsvinden. De uiteindelijke afkeuring van de Italiaanse regel volgt derhalve uit een indringende toetsing van de consequenties daarvan aan het doeltreffendheidsbeginsel.

3. Het Hof leek in de jongste rechtspraak juist zachtjes te koersen richting een algemene acceptatie van *res judicata*. Nog op 6 oktober jl. sprak het uit dat het EG-recht een nationale rechter niet dwingt de betreffende regels buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van een bepaling van het gemeenschapsrecht van welke aard ook kunnen worden opgeheven.¹¹ In deze zaak ging het weliswaar om een arbitraal vonnis, maar de toevoeging 'van welke aard ook' kon niettemin worden verstaan als een verdere knieval richting de nationale procedurele autonomie. Na *Olimpiclub* slaat de balans in de tegenovergestelde richting uit: er ligt nu toch weer een sterkere nadruk op het *effet utile* van het EU-recht. Het aloude uitgangspunt in casus over (doorbreking van) beslissingen met kracht van gewijsde blijft dus de procedurele autonomie, maar wel stevig gekoppeld aan een toetsing op equivalentie en effectiviteit. Een zogenaamde 'procedurele rule of reason', zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure, kan dan redding bieden¹²; maar net als bij de 'rule of reason' in de vrij-verkeersjurisprudentie, laat het Hof hier wel een soort proportionaliteits-toets op los, die in *Olimpiclub* negatief uitvalt. De benadering wordt zo helaas een stuk casu-

ïstischer, en het komt zo steeds sterker aan op individuele afwegingen in afzonderlijke gevallen. Daarbij lijkt de procedurele autonomie meer en meer op een softe maxime, een vast vertrekpunt bij de overwegingen, en geen dwingende regel waarvan niet kan worden afgeweken.¹³

4. Uiteraard bewandelde het Hof in het arrest *Lucchini* een vergelijkbaar pad: ook in die zaak verordonneerde het de doorbreking van het beginsel van kracht van gewijsde, omdat het de terugvordering verhinderde van staatssteun die de Commissie als illegaal had aangemerkt. Die zaak leek echter zeldzaam en zeer speciaal: Italiaanse rechtspraak had de verleende steun rechtmatig geacht en uitbetaling daarvan gelast, terwijl nationale (rechterlijke) instanties daartoe helemaal niet bevoegd zijn. Dit leverde een flagrante schending van het EG-recht op die wel moest leiden tot een scherpe reactie van het Hof.¹⁴ In *Olimpiclub* waren alle partijen het erover eens dat de uitkomst in *Lucchini* niet maatgevend was voor het voorliggende geval.¹⁵ Dit viel sowieso goed te verdedigen, omdat het in casu handelde om een btw-geschil, niet om een (vanuit Europeesrechtelijk perspectief complexere) staatssteunzaak.¹⁶ Het Hof beperkt nu duidelijk de portee van zijn eerdere oordeel: *Lucchini* heeft alleen precedentwaarde voor die casus waarin (de beginselen van) de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de EU inzake staatssteun ter discussie staan. Frappant is wel dat het Hof juist hier de status van *Lucchini* als 'outlier' bevestigt, terwijl het in beide zaken ging om dezelfde bepaling uit het Italiaans BW, en de uitkomst (doorbreking van kracht van gewijsde) uiteindelijk eveneens hetzelfde is.

5. Door *Olimpiclub* zullen nationale rechters vaker dan voorheen het *res judicata*-principe moeten negeren, in ieder geval wanneer het onverkort toepassen van een eerdere, definitief geworden rechterlijke uitspraak tot een omvangrijke, meervoudige schending van Europees recht leidt. In de voorliggende zaak verhinderde de uitleg van het beginsel in Italië dat een geval van belastingfraude werd onderzocht en mogelijk rechtsmisbruik werd aangepakt. Het *Olimpiclub*-gebod lijkt echter evengoed te gelden in andere dan btw-geschillen, zolang een strikte toepassing van *res judicata* maar disproportioneel negatieve gevolgen heeft voor de correcte toepassing van het Europese recht. Na *Kapferer* leek de streep te moeten worden getrokken bij het ontbreken van een bevoegdheid om een eerdere rechterlijke beslissing opnieuw ter discussie te stel-

len, maar die begrenzing lijkt nu niet meer zo zeker; het arrest rept daar in elk geval niet meer over. In landen waar *res judicata* niet zo strikt wordt toegepast als de bepaling in casu in het Italiaanse belastingrecht, zal er nochtans weinig aan de hand zijn – maar dat er geen vuiltje aan de lucht is in lidstaten waar rechters wettelijk niet de bevoegdheid hebben om een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing te herzien, zoals Nederland, staat niet langer vast. Voor een ongekwalificeerde toepassing van artikel 236 Rv mag dan ook worden gevreesd.¹⁷ Het is echter onduidelijk *wanneer* precies het effectiviteitsbeginsel tot andere uitkomsten dwingt, en ook de portee van *Olimpiclub* zou in de toekomst best tot de omstandigheden van het geval kunnen worden beperkt. Zo raakt de rechtspraak over *res judicata* langzamerhand even wankel en ondoorzichtig als de rechtspraak over de verplichting tot ambtshalve toetsing na *Eco Swiss*, *Manfredi*, *Van der Weerd* en *Asturcom*, en de rechtspraak over de horizontale directe werking van richtlijnen na *CIA Security*, *Unilever* en *Mangold*. Het bizarre resultaat voor de Corte suprema di cassazione is dat het, wanneer het belastingfraude uiteindelijk bewezen zou achten, zal moeten uitspreken dat hetzelfde contract dat een geldige grondslag was voor een beslissing in de ene periode, tegelijk geen geldige grondslag is voor een beslissing in een andere. Van rechtszekerheid, transparantie en stabiele rechtsverhoudingen blijft zo toch niet heel veel over.

6. De Corte meende in 's Hofs rechtspraak een algemene trend te herkennen waarin de procedurele autonomie wordt ondergraven, en het beginsel van kracht van gewijsde geërodeerd.¹⁸ Een curieuze constatering, want als men per se in patronen wil denken, valt in de periode post-Köbler en -Kühne evengoed een omgekeerde tendens te lezen in arresten als *Unibet*, *Kapferer*, i-21, *Kempter*, *Heemskerk* en *Schaap*.¹⁹ Voor nationale rechters was de benadering in *Kapferer*, waarbij zij maar bij uitzondering in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissingen opnieuw hoefden te onderzoeken, redelijk werkbaar.²⁰ Met *Olimpiclub* vervalt het Hof in troebele casuïstiek: het arrest benadrukt het belang van stabiliteit van het recht, maar doorkruist die tegelijkertijd; de precedentwaarde van *Lucchini* wordt voor de bühne afgezwakt, terwijl het resultaat identiek is; en met het uitgangspunt dat de procedurele autonomie ten aanzien van *res judicata* telkens zal moeten wijken als dat onevenredige gevolgen heeft voor de effectiviteit van het EU-recht, krijgen nationale rechters maar weinig praktisch houvast.

7. Het officiële motto van de Olympische Spelen is 'sneller, hoger, sterker'. Het onderdeel in *Olimpiclub* is iets te snel, te beknopt en ambigu. De vijf rechters die het arrest hebben gewezen, slepen daardoor geen medailles in de wacht. Wellicht kan een Grote kamer in de toekomst een nieuwe recordpoging doen, waarin de hoofdlijnen van de materie met meer helderheid worden verankerd.

H. de Waele

Voetnoten

- 1 De Corte suprema di cassazione wijst hierbij met name op HvJ EG 21 februari 2006, zaak C-255/02 (*Halifax*), *Jur.* 2006, p. I-1609, en HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-425/06 (*Part Service*), *Jur.* 2008, p. I-897.
- 2 HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-119/05 (*Lucchini Siderurgica*), *Jur.* 2007, p. I-6199.
- 3 Onder verwijzing naar HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01 (*Köbler*), *Jur.* 2003, p. I-10239, r.o. 38, en HvJ EG 16 maart 2006, zaak C-234/04 (*Kapferer*), *Jur.* 2006, p. I-2585, r.o. 20.
- 4 Zie vorige noot.
- 5 Onder verwijzing naar HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 (*Peterbroeck*), *Jur.* 1995, p. I-4599, r.o. 14.
- 6 Ten gevolge van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, kennen we sinds 1 december 2009 uiteraard nog slechts fundamentele beginselen van *Unierecht*.
- 7 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 (*Eco Swiss*), *Jur.* 1999, p. I-3055; HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01 (*Köbler*), *Jur.* 2003, p. I-10239.
- 8 HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-453/00 (*Kühne & Heitz*), *Jur.* 2004, p. I-837; HvJ EG 19 september 2006, gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04 (*i-21 Germany en Arcor*), *Jur.* 2006, p. I-8559.
- 9 Zie hierover onder anderen R. Ortler, 'Geen bevoegdheid = geen verplichting!', *NTER* 2006, p. 138-140, en de annotatie van H.J. van Harten bij dit arrest in *SEW* 2006-6, p. 251-254.
- 10 Tot een uitdrukkelijke equivalentietoetsing komt het echter niet, ongetwijfeld vanwege de evident identieke toepassing van *res judicata* in geschillen die door nationaal resp. door Europees recht worden beheerst.
- 11 HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-40/08 (*Asturcom*), n.n.g.; hierover M.J.M. Verhoeven, *SEW* 2010-2, 60, p. 83; R.J.G.M. Widdershoven, *AB* 2009, 335, en M.R. Mok, *NJ* 2009, 3.
- 12 Hierover onder anderen J.H. Jans e.a., *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 56; R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 33-35.
- 13 In dezelfde zin R.J.G.M. Widdershoven in zijn annotatie bij HvJ EG 11 juni 2009, zaak C-429/07 (*Inspecteur van de Belastingdienst tegen X*), n.n.g., *AB* 2009, 341.
- 14 A-G Geelhoed kwalificeerde de zaak in zijn conclusie reeds als uitzonderlijk, en zo eveneens de meeste commentaren (zie bijvoorbeeld de annotatie van Mok, *NJ* 2007, 477).
- 15 Omdat de schending in *Lucchini* veel ernstiger was, dan wel, omdat er in *Olimpiclub*

geen sprake is van door de Commissie uitgeoefende (exclusieve) bevoegdheden. A-G Mazák volgde overigens een wat eigenzinnige lijn, zie r.o. 61-63 van zijn conclusie.

- 16 Illustraties zijn onder andere te vinden in het recente preadvies van J.E. van den Brink voor de jonge VAR (te vinden op <www.verenigingvoorbestuursrecht.nl/JongeVAR2009.html>), waarin zij uitgebreid ingaat op de (grenzen aan de) toepassing van in het nationale recht gewortelde ideeën over rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel.
- 17 Met name lid 1: 'Beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, hebben in een ander geding tussen dezelfde partijen bindende kracht.'
- 18 Zie de conclusie van A-G Mazák, r.o. 23.
- 19 Met *Lucchini* dan als een zeer specifieke uitzondering. In het *General Report* van het XXLe colloquium 'Consequences of incompatibility with EC law for final administrative decisions and final judgments of administrative courts in the Member States' van de *Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union* (Warschau, 16 juni 2008, general rapporteur: Stanisław Biernat, te vinden op <www.juradmin.eu/en/colloquiums/colloq_en.html>), p. 16, wordt ook vermeld dat '[m]ost of the national rapporteurs are of the opinion that in the Kühne judgment as well as in subsequent judgments, the ECJ accepts the principle of procedural autonomy of the Member States.'
- 20 In dezelfde zin Van Harten (zie noot 9), p. 254.

101 Zaak C-123/08, Dominic Wolzenburg

Arrest van 6 oktober 2009 (Grote kamer), n.n.g.; conclusie van A-G Y. Bot

Politiële en justitiële samenwerking in strafzaken – Kaderbesluit 2002/584/JBZ – Europees aanhoudingsbevel en procedures van overlevering tussen lidstaten – Artikel 4, punt 6 – Grond tot facultatieve weigering van tenuitvoerlegging van Europees aanhoudingsbevel – Uitvoering in nationaal recht – Aangehouden persoon die onderdaan is van uitvaardigende lidstaat – Weigering van tenuitvoerlegging van Europees aanhoudingsbevel door uitvoerende lidstaat afhankelijk gesteld van verblijf van vijf jaar op zijn grondgebied – Artikel 12 EG

1. Inleiding

In het arrest *Wolzenburg* diende het Hof zich voor de tweede maal, in relatief korte tijd, uit te spreken over de draagwijdte van artikel 4(6) Kaderbesluit 2002/584/JBZ inzake het Europees aanhoudingsbevel (hierna: KB EAB).¹ Op basis van deze bepaling 'kan een rechterlijke autoriteit de tenuitvoerlegging van een Europees aanhoudingsbevel weige-

ren indien (...) de gezochte persoon *verblijft in of onderdaan of ingezetene* is van de uitvoerende lidstaat en deze staat zich ertoe verbindt die straf of maatregel conform zijn nationale recht zelf ten uitvoer te leggen' (eigen cursivering). In het arrest *Kozłowski* verduidelijkte het Hof voor het eerst deze bepaling en reikte het criteria aan met het oog op een correcte afbakening en toepassing van de begrippen 'ingezetene' en 'verblijven'.² Het Hof bleef in dit arrest echter wel het antwoord schuldig op de belangrijke vraag naar de verenigbaarheid van de nationale implementatiewetgeving met de beginselen van non-discriminatie en Unieburger-schap (oud artikel 12 EG en oud artikel 17 e.v. EG). In *Wolzenburg* gaan zowel de advocaat-generaal als het Hof daarentegen wél uitvoerig in op deze problematiek. Hun (soms tegenstrijdige) analyses en conclusies bieden een interessante aanzet tot verdere reflectie.

2. Feiten en prejudiciële vragen

In 2006 heeft de bevoegde Duitse rechterlijke autoriteit een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd tegen de heer Wolzenburg, een Duits onderdaan, voor de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf van één jaar en negen maanden die betrekking heeft op meerdere delicten inzake de invoer van marihuana in Duitsland. Op het ogenblik dat de bevoegde Nederlandse autoriteit, de Rechtbank Amsterdam, het aanhoudingsbevel ontving, had Wolzenburg zich sinds iets meer dan een jaar in Nederland gevestigd. Hij woonde daar met zijn echtgenote en verrichtte er arbeid. Naar aanleiding van het Duitse overleveringsverzoek twijfelde de Rechtbank Amsterdam of en, zo ja, in welke mate, artikel 6 van de Nederlandse Overleveringswet, dat artikel 4(6) KB EAB implementeert, toegepast kon worden. In tegenstelling tot de *facultatieve* weigeringsgrond uit het kaderbesluit heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor een veel strakker regime, met aanzienlijk minder bewegingsvrijheid voor de nationale rechter. De Nederlandse wetgever heeft de facultatieve weigeringsgrond immers omgevormd tot een *verplichte* weigeringsgrond met bovendien onderscheiden criteria naargelang de betrokken persoon al dan niet een Nederlands onderdaan is. Voor de Nederlandse onderdanen wordt een verplichte, onvoorwaardelijke of automatische weigeringsgrond toegepast terwijl voor niet-Nederlandse onderdanen een verplichte, voorwaardelijke weigeringsgrond gehanteerd wordt. Voor deze laatste categorie wordt de weigeringsgrond enkel toege-